

## **Matrimonio no inscrito: su eficacia entre cónyuges. Uso y disfrute de vivienda conyugal.**

Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección tercera). Sentencia de 9 de enero de 1991, nº 2.

Ponente: Dn. Carlos Gómez Martínez.

### **Doctrina**

“2. Aunque en el escrito instaurador de la litis no se especifique qué concreta acción se ejercita, la superación de la vieja teoría de la “*editio actionis*” obliga a estudiar tanto el *petitum* como los fundamentos fácticos y jurídicos para averiguar que se pretende mediante la interposición de la demanda. Puesto que el actor pide que le sea restituida la posesión de un inmueble de su propiedad e invoca la falta de título de la demandada para usar del mismo habremos de concluir que se ejercita o bien una acción reivindicatoria (art. 348 del Código Civil) o bien una acción de desahucio por precario (art. 1.565.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En efecto, para el éxito de la pretensión, tanto en uno como en otro caso, es indispensable la falta de título del poseedor no propietario (S.T.S. de 23 de enero y 10 de marzo de 1.989) o la posesión de un inmueble sin título alguno que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndolo tenido se pierda (S.T.S. de 30 de octubre de 1.986).

3. El mencionado requisito no se cumple en el caso de autos porque la demandada era, y sigue siendo, la esposa del actor y ello a pesar de que el matrimonio contraído en Alemania no se haya inscrito en España.

En efecto, el párrafo primero del art. 61 del Código Civil coincidiendo con el antiguo art. 76 al que dió redacción la Ley de 24 de abril de 1.958 establece que el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración y el párrafo segundo del mismo precepto añade que para su pleno reconocimiento será necesaria la inscripción en el Civil. En igual sentido, el apartado primero del art. 70 de la Ley del Registro Civil dispone que los efectos civiles del matrimonio canónico o civil se producirán desde la celebración y que para que tales efectos sean reconocidos bastará la inscripción del matrimonio.

De los anteriores preceptos se deduce que la inscripción del matrimonio no tiene carácter constitutivo. Es una “*conditio iuris*” para el reconocimiento de los efectos civiles derivados del matrimonio pero no para su producción. La inscripción es la afirmación oficial del matrimonio, la forma pública y solemne en que consta. No es un simple medio de probar, es la única e insustituible prueba, sólo suplible por otros medios cuando aquélla no haya existido o hubiesen desaparecido los libros del Registro o ante los Tribunales se suscite contienda pero no es forma esencial para la existencia del matrimonio sino solo “*ad probationem*” ya que se admiten otros medios, aunque excepcionales, de prueba.

4. El matrimonio no inscrito debe ser considerado válido y eficaz en todo lo que

se refiere a las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges. Así se desprende: a) del párrafo tercero del art. 61 del Código Civil con arreglo al cual el matrimonio no inscrito no perjudicará a los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas. En consecuencia, los efectos entre los contrayentes se producen de modo pleno con dicha única salvedad, no existe ninguna otra limitación en cuanto a la efectividad del matrimonio no inscrito. La doctrina, ya en relación con los hoy derogados arts. 76 y 77 del Código Civil, viene distinguiendo entre dos clases de efectos con relación al matrimonio: inseparables o primarios y separables o secundarios e incluye en el primer grupo el parentesco por afinidad, la posibilidad de incurrir en bigamia si se contraen nuevas nupcias antes de disolverse el matrimonio anterior, la creación del vínculo de filiación matrimonial y los derechos y deberes dimanantes de los arts. 66 y siguientes del Código Civil. Pues bien, estos efectos primarios o inseparables se producen siempre entre los contrayentes y frente a terceros, desde la celebración del matrimonio y, por su parte, los efectos secundarios o separables se producen siempre entre los contrayentes también desde la celebración, pero respecto a terceros sólo si se inscribe el matrimonio inmediatamente después de celebrarlo; b) del tratamiento que el art. 79 del Código Civil da al matrimonio que es declarado nulo que surte los efectos del matrimonio putativo y respecto al cual el matrimonio no inscrito no puede ser de peor condición.

5. De lo hasta aquí expuesto se deduce que el matrimonio contraído en Alemania entre los hoy litigantes, cuya nulidad, por lo demás, no postula el actor, produce efectos entre los cónyuges a pesar de su no inscripción en España, por lo que la

demandada ocupa la vivienda de autos en virtud de la obligación-derecho de convivencia en el domicilio conyugal que establecen los arts. 68 a 70 del Código Civil. Existiendo título para la posesión o uso y disfrute del inmueble, no puede prosperar la acción reivindicatoria o de desahucio entablada por el marido propietario contra la esposa detentadora."

## Comentario

1. Doña Angélica S., de nacionalidad alemana, y Dn. Santiago M. C., de nacionalidad española, contrajeron matrimonio el día 2 de agosto de 1978 en el Ayuntamiento de Braunschweig (Alemania). El matrimonio, ajustado a las formalidades de la legislación alemana, no fué inscrito en el Registro civil español.

Una vez en España, los cónyuges fijaron su domicilio conyugal en un piso, propiedad del marido, sito en Magalluf, término municipal de Calviá, en la isla de Mallorca.

En 1982, Dn. Santiago abandonó el domicilio conyugal en el que siguió residiendo Doña Angélica, si bien los gastos derivados del mismo continuaron siendo abonados por Dn. Santiago. En 1989 Dn. Santiago demandó a Doña Angélica solicitando que le restituyera la posesión del piso y que le reintegrase el importe de los gastos y servicios producidos por el mismo. Doña Angélica se opuso a ambas pretensiones alegando la validez y vigencia de su matrimonio con el actor y, a su vez, reconvino solicitando la prestación de alimentos a su favor por parte de Dn. Santiago desde el año 1982 en que se produjo la separación de hecho.

En primera instancia, el Juzgado estimó la primera pretensión deducida por Dn. Santiago y condenó a la demandada a

restituir al actor la posesión de la vivienda y desestimó, tanto la segunda pretensión como la reconvencción. Doña Angélica interpuso recurso de apelación, relativo tan sólo al problema de la restitución de la vivienda. La Sala revocó la Sentencia del Juzgado de primera instancia, sentando la doctrina que he transcrito más arriba.

2. Varios son los problemas que plantea el supuesto de hecho de esta acertada Sentencia. La resolución no se refiere a todos ellos, puesto que se encuentra condicionada por el principio de justicia rogada. Sin embargo, al hilo del comentario, resulta conveniente reflexionar sobre los mismos para clarificarlos y evitar las consecuencias a que conduce un planteamiento nada correcto de los términos del debate, como ocurrió en este caso.

El primero de estos problemas, de carácter estrictamente procesal aunque con incidencia en el ámbito sustantivo, hace referencia a la naturaleza de la acción ejercitada por Dn. Santiago. Los restantes pueden plantearse del siguiente modo: 1) Derecho aplicable, tema éste al que la Sentencia ni siquiera se refiere, dándolo seguramente por hecho; 2) Eficacia -y alcance de la misma- del matrimonio no inscrito; 3) Calificación jurídica de la situación existente entre Dn. Santiago y Doña Angélica en el momento de plantearse la demanda de aquel; 4) La cuestión de fondo, es decir, el derecho de Doña Angélica al uso y disfrute de la vivienda que ocupa; 5) El eventual derecho a alimentos pretendido por Doña Angélica, así como otras alternativas posibles, y 6) La concurrencia de causa de separación o divorcio, así como la legitimación activa, en su caso, para ejercitar las acciones correspondientes.

3. La primera de las cuestiones

señaladas -la relativa a la clase de acción ejercitada- no merecería, sin duda, mayor análisis si no fuera por la incidencia que la respuesta que a ella se dé tiene respecto al Derecho aplicable al caso o, por mejor decir, respecto al mecanismo técnico que conduce a dilucidar el Derecho aplicable.

Efectivamente; no subsiste ya en nuestro Derecho -y la Sentencia lo subraya con acierto (Fundamento jurídico segundo)- el sistema de acciones típicas, propio del Derecho romano. El art. 524 de la Ley de enjuiciamiento civil se limita a ordenar que "en la demanda se fijará con claridad y precisión lo que se pida", para añadir en el párrafo segundo del mismo artículo que "también se expresará la clase de acción que se ejercite, cuando por ella haya de determinarse la competencia". En este caso, la naturaleza de la acción ejercitada por Dn. Santiago podría influir, no tanto en la competencia, cuanto en el Derecho aplicable, debido a la presencia de un factor de extranjería: la nacionalidad de Doña Angélica.

La Sala estima con acierto que Dn. Santiago ejercita una acción de naturaleza estrictamente patrimonial: bien una reivindicatoria (acción real), bien una de desahucio por precario (acción personal). En cualquiera de los dos casos el Derecho aplicable sería el español (*lex fori*), a tenor de lo dispuesto por el art. 10.1 del Código civil. Sin embargo, la reconvencción de Doña Angélica se inscribe claramente en la órbita del Derecho matrimonial. La Sentencia, evidentemente, no ha discurrido sobre este punto, puesto que el fallo de primera instancia fué consentido por la demandada. Pero, en puridad de doctrina, ello obliga a plantearse nuevamente el problema del Derecho aplicable. La conclusión a la que se llegaría sería la misma -aplicabilidad del Derecho español-

pero esta vez en virtud del juego del inciso final del primer párrafo del art. 9.7 del Código civil: aplicación de la ley interna de la autoridad que conoce de la reclamación.

4. Es obvio que la pretensión de Dn. Santiago se basa en la supuesta ineficacia del matrimonio contraído con Doña Angélica debida a la falta de inscripción del mismo en el Registro civil español. Sin embargo esto no es así, como expondré a continuación.

La inscripción no convalida los actos y contratos nulos. Por tanto, la validez del matrimonio constituye un presupuesto inexcusable para que la publicidad registral despliegue la eficacia que le es propia. En este sentido, no parece haber dudas sobre dicha validez que, por otra parte, Doña Angélica debió alegar en la contestación a la demanda y probar en la correspondiente fase procesal.

Indudablemente la forma de celebración del matrimonio entre Dn. Santiago y Doña Angélica hubo de ser la autorizada expresamente por el párrafo segundo del art. 49 del Código civil: “[Cualquier español] también podrá contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración”. El respeto a la forma, unido al cumplimiento por ambos contrayentes de los requisitos generales de capacidad matrimonial exigidos por el art. 46 del Código, dan como resultado un matrimonio válido para el Derecho español. Siendo esto así, es de aplicación, respecto a la eficacia del mismo, el art. 61 del Código civil, cuyo primer párrafo dispone que “el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración”. Consecuentemente, a la falta de eficacia convalidante de la inscripción se añade ahora la falta de carácter constitutivo de la misma.

Obsérvese, además, que los párrafos segundo y tercero del art. 61 operan como excepción a la regla general que está contenida en el primero. De aquí se deduce que el matrimonio tiene eficacia plena desde que ha sido válidamente contraído. La falta de inscripción no limita esta plenitud de eficacia, sino tan sólo -y eventualmente- la plenitud del reconocimiento de la misma, en la medida en que exista un perjuicio a derechos adquiridos de buena fe por terceros.

En conclusión, cabe establecer que el matrimonio no inscrito es, en todo caso, plenamente, eficaz en las relaciones entre cónyuges, tanto personales como patrimoniales. Entre aquellas, hay que mencionar señaladamente, por lo que respecta al caso examinado, la obligación de convivencia impuesta por el art. 68 del Código civil que, lógicamente, ha de cumplirse en el domicilio conyugal, fijado de consuno en el caso que nos ocupa (art. 70 del Código civil).

5. La salida de Dn. Santiago del domicilio conyugal -no constan los motivos en la Sentencia- configuró entre los cónyuges una separación de hecho que ha persistido al menos hasta la fecha de la interposición de la demanda. La limitada eficacia jurídica de esta anómala situación matrimonial no obsta a que constituya causa de separación y de divorcio, tema al que me referiré más adelante, y a que, una vez acreditada, destruya la presunción de convivencia establecida con carácter *iuris tantum* por el art. 69 del Código civil. No afecta, en cambio, al resto del estatuto personal o patrimonial del matrimonio.

Por lo dicho hay que concluir que no quedan suspendidos los deberes integrados en el estatuto personal del matrimonio, a pesar de su carácter metajurídico y de su difícil exigibilidad. Conviene también

tener presente que fué exclusivamente el actor, con su conducta, quién originó el cese de la convivencia; Doña Angélica, por el contrario, continuó residiendo allí donde técnicamente tenía el deber de hacerlo: en el domicilio conyugal fijado de común acuerdo.

6. Lo anteriormente expuesto constituye la base del derecho que asiste a Doña Angélica para seguir ocupando la vivienda conyugal. Ello, pese a que se trata de un bien propiedad exclusiva del marido; algo que no se ha discutido y que, con certeza, ha constituido la causa eficiente de su demanda. Demanda desenfocada, que podría, no obstante, haber obtenido el resultado apetecido por Dn. Santiago -es decir, la recuperación de la posesión de su apartamento- de haberse planteado sobre bases distintas -hipótesis que analizaré más abajo-.

A raíz de la reforma de 1981 la noción de domicilio familiar ha adquirido una especial relevancia de la que antes carecía. Son manifestaciones típicas de esta relevancia las normas contenidas en los arts. 96, párrafo cuarto, y 1320, párrafo primero, del Código civil. Ambas hacen quebrar de forma notoria el régimen de disposición de los bienes privativos de cada cónyuge, puesto que exigen el consentimiento del otro, si es el usuario de la vivienda, aunque no sea titular de la misma. Ello con independencia del régimen económico por el que se rija el matrimonio que, en este caso, sería con toda probabilidad el de separación de bienes.

No cabe duda -como he dicho más arriba- de que el deber de convivencia ha de prestarse en el domicilio conyugal. Ambos cónyuges ostentan un derecho equivalente de uso y disfrute del mismo que evidentemente no se pierde por el

hecho de que uno de los dos renuncie a él o abandone el domicilio. Esta conducta implica, por el contrario, un quebrantamiento de dicho deber, pero, como acabo de decir, no enerva el derecho del otro cónyuge a seguir disfrutando el domicilio conyugal, al margen de que rechace, tolere o consienta el abandono. Es más, quien permanece en dicho domicilio continúa cumpliendo el deber legal, aunque tampoco podría prohibir, sin justa causa, el reingreso de quien se ausentó.

7. La separación de hecho constituye uno de los pocos supuestos que en la actualidad genera deuda alimenticia entre cónyuges. Aunque el art. 143 - en la redacción dada por la Ley de 13 de mayo de 1981 - omite que los cónyuges no deben estar separados legalmente, el art. 97 despeja toda duda al respecto. En efecto; lo que procede cuando, tras la separación legal, uno de los cónyuges ha empeorado y desequilibrado su situación constante el matrimonio es la pensión compensatoria que el artículo citado en último lugar prevé. Y esta pensión -conviene recordarlo- no tiene carácter alimenticio; de ahí que su cuantía pueda ser -y sea en muchos casos- muy superior a las necesidades estrictamente alimentarias.

Consecuentemente a lo expuesto, puede concluirse con Delgado Echevarría que, cuando se cumplen por los cónyuges los deberes de convivencia y de socorro mutuo (art. 68 del Código) el deber alimenticio resulta superfluo, pero aflora al romperse la unidad de vida: preparación y sustanciación de los procesos de nulidad, separación o divorcio y separación de hecho. Respecto a este último extremo la jurisprudencia ha podido parecer vacilante hasta que se ha afirmado, ya en época reciente, en la línea de que ningún precepto

condiciona la prestación de alimentos al deber de vivir juntos (así, Sentencias de 14 de enero de 1956, 17 de junio de 1972 o 25 de noviembre de 1982). Sin embargo, un examen más detenido de las Sentencias que aparecen como contrarias a la exigibilidad de la prestación alimenticia en los casos de separación de hecho (16 de octubre de 1903, 17 de noviembre de 1916, 10 de diciembre de 1959 ó 23 de octubre de 1972) revela que se rechazó la pretensión del demandante como sanción ante el abandono injustificado del domicilio conyugal, por haberse acreditado la suficiencia de medios propios del reclamante e incluso por faltar la justificación de que el marido actor no podía ejercer profesión u oficio (Sentencia de 24 de octubre de 1951).

En el caso de la Sentencia comentada el mero hecho de la subsistencia de Doña Angélica por sí misma durante los siete años largos que tardó en plantear su reclamación -y aún ésta en forma reconventional- acredita sobradamente que contaba con medios de vida propios. Es decir, que faltaba el esencial requisito de la necesidad del alimentista. De ahí que haya que calificar de prudente su consentimiento a la Sentencia de primera instancia en el extremo en que rechazaba su petición alimenticia; acceder a la misma hubiera supuesto, sin duda, un enriquecimiento injustificado de Doña Angélica.

Por lo que respecta a la pensión *ex art. 97* la solución es la misma, aunque el razonamiento técnico sea otro. En la situación en que se hallaba al ser demandada Doña Angélica carecía también de legitimación activa para solicitarla, puesto que no estaba judicialmente separada o divorciada. Es más; si pidiese y obtuviese la separación o

el divorcio no podría acreditar la incidencia de uno u otro en su situación patrimonial posterior. Lo que pudo causar su empobrecimiento fué, en todo caso, la separación de hecho.

8. No deja de sorprender que el actor no interpusiese la acción que con más probabilidad de éxito le hubiese proporcionado la restitución del papartamento, es decir, la acción de separación o de divorcio.

En efecto, si se revisan las causas de separación y de divorcio podrá apreciarse que concurrían en el caso al menos dos de ellas. No consta que el abandono por Dn. Santiago del domicilio conyugal fuese injustificado. Tampoco consta -más bien hay evidencia de lo contrario- que el abandono fuese consentido por la esposa en los términos exigidos por el art. 82, nº 5 del Código. Pero el nº 6 de ese mismo artículo no exige ya ninguna clase de consentimiento, sino tan sólo el hecho objetivo de la quiebra o cese efectivo de la convivencia conyugal por más de tres años. Lo mismo puede decirse respecto al divorcio, ya que en el caso se cumplen sobradamente los requisitos previstos en el nº 4 del art. 86.

En ambos caso cualquiera de los cónyuges estaría legitimado activamente para ejercitar las acciones de separación o de divorcio. En uno y otro caso, la Sentencia hace cesar la obligación de convivencia y debe resolver además -en defecto de acuerdo de las partes- sobre la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar (art. 91) lo que supondría un replanteamiento de las bases del litigio con más posibilidades de éxito para el actor.

Finalmente, no me parece posible que Doña Angélica hubiera podido reconvenir solicitando en el mismo proceso la

separación o el divorcio, habida cuenta de las especialidades procesales que la reforma de 1981 estableció en sus

disposiciones adicionales; hubiera debido, pues, plantear un nuevo proceso.

**José Angel Torres Lana**